Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXII — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1964 — Nº 130

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA CONCEPCION — (CHILE)

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

MANUEL JOSE DE ROMEO Y LAGUNAS

Licenciado en Derecho
Graduado en Ciencias Sociales

LA ANALOGIA.— CONCEPTOS PREVIOS A SU ESTUDIO

I.—INTRODUCCION

Siendo la analogía un procedimiento de integración del Derecho, conviene, antes, hablar de algunos puntos, de algunos conceptos, a los que tendremos que aludir constantemente y con los que tendremos que trabajar para desarrollar, en la medida que este breve estudio lo permite, el concepto de la analogía.

1.—EL ORDENAMIENTO JURIDICO

¿Por qué surge la analogía? Por lo incompleto del ordenamiento jurídico. He aquí, pues, el primer punto de esta introducción.

Espín lo define como "el conjunto de normas por las que se rige una comunidad" (1), concepto con el cual estamos totalmente de acuerdo.

Pero en esta misma definición hay algo que nos llama poderosamente la atención: la circunstancia de que si "se rige una comunidad", el Derecho, que tiene en el ordenamiento legislativo una forma de expresión, es una ciencia normativa, es decir,

---

(1) **Espín** "Manual de Derecho Civil" Tomo I, página 5. Citado por **José Castán** en "Derecho Civil Español, Común y Foral", Editorial Reus, Madrid, 1951, tomo I, volumen 1º, página 251.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que el fin de la misma no es su conocimiento, sino la determinación de una forma de conducta.

Esto es, el Derecho no es una idea desligada de su realidad exterior; es algo efectivo, real, del cual tenemos, es cierto, una idea, pero que es ante todo y sobre todo una realidad.

2.—LA REALIZACION DEL DERECHO

Para lograr esta realidad de que venimos hablando, el Derecho tiene que desplegar una actividad, cual es la regulación de la vida social.

Rodolfo Ihering decía a este respecto: "El Derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del Derecho; es el Derecho mismo. Lo que no pasa a la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, no es más que un fantasma del Derecho; el Derecho es tal aun cuando no se le encuentre en las leyes, y el pueblo y la ciencia no hayan todavía adquirido la conciencia de él" (2).

Es, pues, necesaria esta realización, consistente, como hemos dicho, en la regulación de la vida social. Pero —como muy exactamente apunta Castán— "esta realización del Derecho puede ser concebida de dos modos distintos: como mera aplicación de una norma abstracta a los casos concretos; o como verdadera y propia realización o elaboración del Derecho" (3).

3.—OPERACIONES QUE INTEGRAN LA APLICACION O ELABORACION DEL DERECHO

a) **Aplicación de la norma abstracta a casos concretos.— La teoría llamada de la subsunción.**—A primera vista, es bien sencilla la aplicación de una norma general a un caso concreto.

El método subsuncionista parece resolverlo de manera

---

(2) **Ihering, Rodolfo:** "L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement". París, 1877, tomo III, Nº 43, páginas 15 y siguientes.

(3) **Castán Tobeñas, José:** "Derecho Civil Español, Común y Foral", página 342.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

extraordinariamente simple. Acude a la elemental forma del silogismo y consiste en determinar si el supuesto o hipótesis de la ley se cumple en el caso concreto que queremos resolver, y aplicar al caso la solución impuesta por la hipótesis general, que es la ley.

El silogismo aparece de forma patente. La premisa mayor es la ley, el hecho concreto es la premisa menor y la sentencia del juez la conclusión, que tendrá que ser la señalada por la ley.

De sobra conocidas son las críticas que se han dirigido contra este procedimiento. Baste apuntar que:

Teóricamente no es cierto o, al menos no es exacto. Es verdad que el jurista o el juez, que es quien tiene la misión de aplicar el Derecho, acaba su argumentación con un silogismo, pero su actividad no sólo se reduce a eso.

Se ha dicho, con grandes motivos para ello —motivos todos de índole empírica—, que la norma no siempre se halla promulgada con caracteres tales que permitan su aplicación de un modo directo a un caso concreto, pues ello equivaldría a decir que la norma no es abstracta sino concreta, o sea, que hay una norma que se identifica con el caso y que sólo sirve para él, puesto que es muy difícil que un caso sea igual a otro y que, por eso mismo, quede comprendido bajo la misma norma.

El juez tiene que alegar las razones que justifiquen esa aplicación y, entonces, la estructura de esa aplicación no sería un silogismo sino un epiquerema.

Lo más corriente es que el juez tenga que construir, o adaptar, al menos, la ley, como también puede ocurrir que un caso se halle en condiciones de ser subsumido por diversas normas contradictorias, con lo cual las soluciones serían distintas.

Por otra parte, Ferrara dice que el juez ha de acudir, al considerar el caso, a "conocimientos extrajurídicos, que forman elementos o presupuestos del razonamiento. Verdades naturales o matemáticas, principios psicológicos, reglas del comercio y de la vida social, forman una masa inagotable del saber humano, de las que el juez se sirve cotidianamente en el desenvolvimiento

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de su actividad" (4); y añade que muchas veces son las mismas normas las que remiten al juez a la consideración de las mismas circunstancias, que por regla general son de índole variable.

Además, este sistema prácticamente no es ventajoso, ya que pretender encerrar toda la labor de un juez o de un tribunal en un silogismo, en la aplicación mecánica de una norma, es menospreciar la valía de los mismos.

Hans Reichel dice: "El juez, y el mismo jurisconsulto, se convierte en un autómata que aplica lo general a lo particular y hace deducciones. No se le pregunta si el resultado de su labor es justo y equitativo, sino solamente si es conforme a la ley. Si ésta es dura, se muestra precisamente buen jurisconsulto aquel que con más dureza la aplica. Así la jurisprudencia de los tribunales corre el peligro de mostrar cómo los jueces han perdido el cerebro, falto de funcionar al mismo tiempo que el alma y el corazón. Se convierte aquélla en un formalismo y escolástica petrificados". Y añade, más adelante: "La observancia detallista y a la letra de una ley, a menudo muy casuística, es adecuada para embotar, poco a poco, el sentimiento jurídico originario del que la aplica"; y termina diciendo —con perfecta visión de las consecuencias que traería la aplicación exacta de la teoría subsuncionista—, "nada hay peor para la práctica del Derecho que ahogar y matar el sentimiento jurídico" (5).

Hemos dicho anteriormente que la labor del jurista es algo más que la simple confección de un silogismo. Pretender ceñir su trabajo a los rígidos moldes impuestos por la lógica es completamente absurdo.

Sauer expresa que con la subsunción no se agota la actividad juzgadora del juez, que es a lo que la doctrina parece adaptarse especialmente. Y agrega: "Se olvida que la finalidad que el jurista ha de lograr no es la exactitud lógica, sino la Justicia; un

---

(4) **Ferrara:** "Trattato di Diritto Civile Italiano", volumen I, Parte 1ª. Roma, 1925, página 247.

(5) **Reichel, Hans:** "La ley y la sentencia". Traducción de **Emilio Miñana**, Madrid, Editorial Reus, 1921, página 15.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hecho es algo más que meramente correcto desde el punto de vista lógico; es, además, justo, es decir, ha de tener que ser tratado con arreglo al sentido del orden jurídico; ha de regularse de acuerdo con la idea fundamental del orden jurídico y de modo que satisfaga las necesidades primarias de los interesados" (6).

Hay, pues, un cúmulo de circunstancias que no podemos dejar al margen y que tenemos que considerar al apreciar el hecho. Por eso el juez, y tanto como él, el legislador o el simple jurista, han de traspasar los límites de la pura lógica. Es, en conclusión, inaceptable el procedimiento de la subsunción.

b) **Operaciones que integran la aplicación o elaboración del Derecho.**—Siguiendo en lo fundamental la doctrina sostenida por Enneccerus, Castán señala cuatro operaciones principales, que a su vez comprenden otras. Estas operaciones son las siguientes:

1ª—La determinación de la existencia de la norma jurídica, que puede realizarse desde un punto de vista:

Formal, encaminado a comprobar la autenticidad del texto legal; y

Sustancial, dirigido al estudio de la legitimidad de la norma y su consiguiente vigencia.

2ª—La indagación del sentido de la norma —interpretación—.

3ª—La investigación modificativa o correctora del Derecho, en los casos en que sea posible y que estudia dos problemas:

La restricción, que es un caso de aplicación limitativa de la norma; y

Los casos de concurrencia de normas.

4ª—El desenvolmiento de las normas e investigación integradora del Derecho, en los casos de lagunas de la ley. Dentro de esta operación se encuadra el estudio de la analogía (7).

---

(6) **Sauer:** "Filosofía jurídica y social". Traducción de **Legaz**, Barcelona, Editorial Labor, 1936, página 236.

(7) **Castán:** Obra citada, página 346.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II.—EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO

1.—CARACTERES DE LA LEY POSITIVA

Aparte de la racionalidad y la obligatoriedad, que aquí no nos interesan, debemos señalar como uno de los caracteres de la ley, considerada ésta como fuente del Derecho, la universalidad o generalidad, esto es, ser ella establecida de un modo permanente para un número indeterminado de actos o de hechos.

Ahora bien, el referirse a un número indeterminado de actos o de hechos presupone que la ley se limita a "id, quod plerumque accidit", puesto que es imposible que regule todos y cada uno de los casos que la vida nos presenta.

Los jurisconsultos romanos, con amplia visión, reconocieron esto. No es de extrañar, por ello, que nos encontremos con amplitud de referencias de los maestros del Derecho a este respecto.

Así, Pomponio nos dice: "Jura constitui oportet in his quae ut plurimun accidunt, non quae ex inopinato". El mismo Ulpiano, el coloso del saber jurídico romano, repite este mismo concepto diciendo: "Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur". Juliano también revela haber llegado a semejante conclusión al decír: "Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur; sed sufficit ea, quae plerumque accidit, contineri" (8).

Las legislaciones modernas, que en la mayoría de los casos revisten la forma de Códigos, no pueden traer a ellos leyes que regulen las situaciones, que, por sus características, no se dan con frecuencia. Se limitan a dar aquellas que van dirigidas a la resolución de casos frecuentes. Pretender lo contrario sería hacer de estos Códigos meros tratados de casuística, con lo cual las leyes contenidas en ellos dejarían de tener el carácter abstracto que las caracteriza.

Es, pues, por esta universalidad y generalidad que tienen,

(8) **Capitani, Guido:** "Analogía". Publicado en "Il Digesto Italiano", volumen III, parte 1ª, página 164.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por lo que nos encontramos con multitud de casos no comprendidos en ninguna norma.

2.—CONCEPTO DE LAGUNAS DE DERECHO

Dado el carácter de universalidad o generalidad que, decíamos, es propio de la ley, por resolver los casos que más frecuentemente se presentan a la consideración del jurista, deja ella de resolver infinidad de casos y relaciones.

Para dar un exacto concepto de qué es lo que se entiende por "lagunas del Derecho", podemos recurrir a la definición que de las misma da Ferrara.

Este autor, después de desechar una concepción errónea de lagunas, dice: "Puede hablarse de lagunas, como falta de una disposición que regule especialmente una determinada materia o caso" (9).

Esto es una laguna en sentido jurídico: la falta de una ley que regule un caso concreto.

3.—ANTECEDENTES HISTORICOS

La existencia de estas lagunas es reconocida por la mayoría de las escuelas jurídicas. Es, por otra parte, evidente que con la sola lógica, con lo que la vida nos enseña, podemos tener conciencia de la existencia de las mismas.

El desenvolvimiento cotidiano de los acontecimientos nos hace ver que las leyes, por muy actuales que sean, por muy grande que sea el desvelo de los legisladores, siempre van detrás de la realidad. Las normas se dan, por lo general, para resolver casos que la vida ya ha planteado.

Sin otros datos que éstos, meramente empíricos, los pueblos antiguos, desde los primeros balbuceos de las relaciones humanas, —presupuesto necesario para la vida del Derecho—, han tenido plena conciencia de ellas, y este reconocimiento histórico podría aducirse como argumento suficientemente sólido para demostrar, a quienes lo niegan, la existencia de tales lagunas.

---

(9) **Ferrara:** "Trattato", obra citada, página 224.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Vamos a estudiar algunos de los principales antecedentes:

a) **Grecia.**—Siempre se ha hecho ver que los romanos fueron, no sólo los que desarrollaron, sino los verdaderos creadores del Derecho, dejando para los helenos la paternidad de la Filosofía.

Esto es un error. El Derecho es tan antiguo como la misma Humanidad, y en su forma de Derecho positivo, con leyes escritas, su existencia es muy anterior a la del pueblo romano. Lo que ocurre es que los romanos fueron los grandes pensadores que sistematizaron la ciencia del Derecho.

Lo cierto es que Aristóteles, en su "Etica a Nicomaco", daba una ya antigua fórmula, posteriormente resucitada y adoptada por modernas codificaciones, en la que manda al juez decidir el caso como lo haría el legislador, con la misma norma que el legislador establecería si estuviese presente.

b) **Roma.**—Ya hemos visto como los romanos tuvieron conciencia de la imposibilidad de que la ley se ocupase de todos los casos; de que se limitaba al "id, quod plerumque accidit". En otras palabras, reconocieron lo que modernamente se llaman lagunas de la ley.

Comprendieron también la obligación que tenían de fallar un caso aunque no hubiese una ley que regulase el punto controvertido, y por eso dejaron la decisión a la autoridad de los magistrados.

Tuvieron éstos que fallar tantos casos no regulados, que no es de extrañar que este Derecho de los Magistrados, especialmente del Pretor, fuese tan grande, tan amplio, que se le definiese en el Digesto como "quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia" (10).

Los jurisconsultos, que bien sea por la mayor amplitud de poderes que tenían para decidir, bien por la mayor abundancia de medios de interpretación o por las especiales circunstancias de su tiempo, los jurisconsultos, pues, que eran los encargados

(10) **"Digesto":** Libro I, título II, fragmento 7, párrafo 1º. Citado por **Castán en** "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", página 301.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de completar, junto con los magistrados, las deficiencias de la ley, acudían como fuente supletoria al "ius gentium", al "bonum et aequum".

c) **Edad Media.**—Los tiempos medievales se caracterizan por el fuerte aroma cristiano que se respira en todos los ambientes.

Esta tradición y este espíritu cristianos no podían faltar en la concepción del Derecho y se consideró al Derecho Natural como el elemento informador de todo Derecho positivo y, por consiguiente, se vio en él la fuente supletoria del ordenamiento jurídico, remitiendo muy frecuentemente los legisladores a la equidad para suplir tales lagunas, conforme a la máxima "ubi ius defficit equitas supplet".

Además de esta fuente de Derecho, que tiene como fin suplir las lagunas de la ley, en el siglo XII, como consecuencia del renacimiento del Derecho Romano y, consiguientemente, la recepción del mismo en la mayoría de los países de la Europa Occidental, que es la que al presente nos ocupa, se da como fuente supletoria el Derecho Romano. En algunos países, por la influencia que tuvo este Derecho, dada la importancia de los juristas que lo predicaban, llegó a tener valor de ley común, y no sólo en su calidad de supletorio.

En España podemos ver, en la diversidad de ordenamientos jurídicos que en ella existieron, normas concretas que al hacer referencia a fuentes supletorias, a las que había de acudirse en defecto de ley que regulase algún punto concreto, nos dan cuenta de que se tuvo conocimiento y conciencia de las deficiencias que presentaban las leyes, de lo que actualmente denominamos lagunas de la ley.

Así tenemos que, en Aragón, en el Preámbulo de la "Compilación de Huesca" realizada por D. Vidal de Canellas a encargo de Jaime I El Conquistador, en el año 1247, se mandó al juez acudir, en defecto de texto legal, a la equidad o al sentido natural, conforme al imperativo de "ubi dicti fori non sufficerint, ad naturalem sensum vel aequitatem recurretur".

En Aragón no tuvo cabida el Derecho Romano como fuente supletoria, porque, como muy bien dice Castán, "el genio ju-

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rídico de los aragoneses supo dar vida a un Derecho eminentemente original, inspirado, no en los principios de la cultura jurídica del pueblo romano, sino en la experiencia y en las exigencias de la realidad. Por otra parte, la importancia y el valor que tienen en el Derecho Aragonés las costumbres generales y locales, no menos que la autonomia individual, hacía innecesario y superfluo acudir a un Derecho extraño en busca de soluciones y reglas jurídicas.

Aragón únicamente tuvo necesidad de acudir en busca de un Derecho supletorio extraño a su propio ordenamiento jurídico, cuando, disgustado Felipe V con Aragón por la ayuda prestada por este reino a su rival al trono, cegó, mediante los llamados "Decretos de Nueva Planta", los órganos legislativos de los cuales manaba todo el Derecho Aragonés. Entonces, ante la imposibilidad de crear nuevas normas que regulasen casos imprevistos, se hubo de acudir a un Derecho supletorio que nos brindó Castilla.

Al movimiento romanista, es decir, al fenómeno de recepción del Derecho Romano, no supo sustraerse Cataluña.

El Derecho Romano había sido traído, contra la voluntad general, por los juristas de la época, que con frecuencia cursaban sus estudios en Italia, en Bolonia concretamente. Y decimos que en contra de la voluntad general, por la reacción que surge en el siglo siguiente contra este abusivo uso del Derecho Romano. Manifestación patente de dicha reacción es la oposición de la nobleza a este Derecho y que tiene como consecuencia la Constitución de 1251, dada por Jaime I El Conquistador, en la que se ordenaba "fallar las causas peculiares por los Usatges de Barcelona; en su defecto por las costumbres observadas en cada localidad, y, a falta de éstas, por la razón natural".

Lo cierto es que, con el devenir de los años, en Cataluña el Derecho Romano, el Derecho Canónico y, en último grado, la doctrina de los doctores y la equidad fueron las fuentes establecidas en la Constitución 1599.

En Valencia, en los Fueros dados a dicha localidad por Jaime I, se encuentran también la razón y la equidad como fuentes supletorias del Derecho.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El Reino de Castilla no podía faltar a la tendencia medieval que, bajo el benéfico influjo del Cristianismo, veía en la razón natural la fuente perfecta que resolvería todos los casos que las leyes no regulasen.

Así, no es de extrañar que nos encontremos con intérpretes, tales como Antonio Gómez, que, en el comentario de la Ley 1ª de Toro, mandaba acudir a la razón natural cuando la ley se viese impotente para resolver un caso. Esto, ni más ni menos, nos dice su fórmula: "deficiente lege et consuetudine, recurrendum est ad rationem naturalem". En estas palabras encontramos un reconocimiento innegable de la existencia de lagunas en la ley.

No obstante, en el caso muy corriente de tener que juzgar hechos o actos no regulados por la ley, los legisladores castellanos, los Reyes, supremos cuerpos legislativos, se reservaban para sí la suprema potestad judicial ordenando a los jueces que cuando se hallasen en presencia de un caso no regulado, debían acudir al Rey, enviándole el pleito con el objeto de dictar una nueva ley que, en lo sucesivo, regulase los casos iguales que el controvertido, que pudiesen presentarse. Desde luego esto no siempre fue cumplido y lo más corriente era que sólo se acudiese al Rey en caso de máxima duda.

Pero aun cuando la frase "deficiente lege et consuetudine" parece indicar que el Derecho Castellano no dio entrada a elementos extraños, procedentes de otros Derechos, a su propio ordenamiento jurídico, lo cierto es que tuvieron acceso a él tanto el Derecho Romano como el Derecho Canónico. El primero, a través de las Partidas, teniendo como causa las aspiraciones imperiales de Alfonso X El Sabio, que, viendo en los romanistas el apoyo y justificación de sus aspiraciones centralistas y absolutistas, tomó mucho del Derecho Romano, queriendo talvez realizar el fenómeno contrario al del natural desenvolmiento del Derecho a través de la vida, e imponiendo, para lograrlo, normas que encauzasen la vida por un camino en el cual cupiesen y tuviesen legítima aspiración sus intereses.

d) **Orientación actual.**—El momento y la concepción actual de la doctrina respecto a la existencia de lagunas del Derecho es el producto de una larga evolución. No se llega a este mo-

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mento repentinamente, sino que se consigue a través de muchos estudios de épocas anteriores.

En España tenemos a Juan Huarte, que nos dice: "No es posible escribir las leyes de tal manera que se ocupen de todos los casos que pueden acontecer; basta determinar aquellos que ordinariamente suelen suceder, y si otros acaecieren que no tengan ley que en propios términos los decidan, no es el Derecho tan falto de reglas y principios que, si el juez o el abogado tienen buen entendimiento para saber inferir, no hallen la verdadera determinación y defensión de donde sacarla" (11).

Esto lo afirmaba ya, en el siglo XVI, un ingenio español que da gloria a la tradición jurídica hispana.

Hemos visto, también, a través de la Historia, que las legislaciones anteriores han tenido siempre plena conciencia de la imposibilidad de regular todos los casos posibles mediante leyes. Han reconocido, aunque sin emplear las mismas expresiones, la existencia de lagunas de la ley.

Los siglos XVIII y XIX, revolucionarios en muchos aspectos científicos, pierden esta uniforme creencia y surgen escuelas que podemos agrupar en dos grandes apartados:

1º) **Teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico.**—En los siglos XVIII y XIX se estimaba en muchos círculos jurídicos que la ley era la única fuente del Derecho.

Esto traía como consecuencia el reconocimiento de que la ley era la única fuente que, por sí sola, bastaba para resolver todos los casos que se pueden presentar a la consideración del jurista. Tal es la tendencia mostrada, entre otras escuelas, por la de la exégesis francesa, que pretende resolver todo partiendo de una conveniente interpretación de la ley.

"Bajo el influjo de las ilusiones racionalistas del siglo XVIII, como dice Gény —escribe De Diego—, se consideraba la ley como una revelación perfecta y completa del Derecho, que, a semejanza de una obra divina, se bastaba a sí misma para sa-

(11) Del "Examen de ingenios para las ciencias". Edición de la "Biblioteca Clásica Española", Barcelona, 1884, páginas 21 y siguientes.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tisfacer todas las exigencias y necesidades que en las mudables exigencias de los tiempos pudieran presentarse" (12).

Como escuelas que reconocen esta teoría tenemos las siguientes:

Escuela Histórica.—Savigny, el portaestandarte de esta escuela, en su "Sistema de Derecho Romano actual" nos dice, hablando de la diferencia que hay entre la interpretación extensiva y la analogía, que en ésta "suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del Derecho" (13).

Para este autor, y lo mismo para todos los seguidores de esta escuela, el Derecho está dotado de una unidad orgánica, de una lógica fuerza de expansión —sirva la expresión—, que hace que el Derecho, por sí mismo, ocupe todos los vacíos, integrando de esta forma las lagunas que pueda presentar y que él llama "lagunas impropias".

Escuela Positivo-Jurídica.—Una forma especial del empirismo es la llamada por Augusto Compte "positivismo".

Esta escuela limita toda noción de certeza a los resultados experimentalmente obtenidos en el campo de las ciencias empíricas. En la tercera fase de la llamada "ley de los tres estadios", en la fase positiva, la ciencia, observando directamente la realidad, sin personificaciones ni abstracciones, aplica a su estudio los métodos experimentales.

Según los seguidores de esta escuela, no hay ningún ideal de justicia. Para ellos, la voluntad del Estado es la fuente y el criterio del Derecho. "Pero ese signo exterior de la voluntad del legislador —escribe Sancho Izquierdo—, de la voluntad del Estado, que es el único Derecho para el positivista, no podrá nunca resolver la cuestión tan renovada, de la diferencia intrínseca entre lo justo y lo injusto, pues, como dice Stammler, para poder

---

(12) **De Diego, Felipe Clemente:** "Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral". Madrid, 1923, tomo I, página 611.

(13) **Savigny:** "Sistema de Derecho Romano actual". Madrid, 1878, tomo I, página 198.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

justificarse los imperativos jurídicos deben referirse a una regla" (14).

Es decir, para esos autores sólo es de Derecho, o conforme a Derecho, lo que en los Códigos está determinado. Todo lo que los cuerpos legales no regulan, queda regulado por una ley negativa que establece que en los casos no previstos no se debe establecer ninguna limitación.

Ferrara expresa a este respecto: "Varios escritores —Zintelmann, Auschüt, Donatti—, con diversa ampliedad y entonación hablan de una norma general negativa que viene a regular los casos no considerados. Donatti dice que del complexo de disposiciones particulares deriva una norma general complementaria de aquel contenido; en todos los demás casos no previstos no se deberá establecer ninguna limitación". Y lo objeta diciendo que "ésa no es una norma jurídica, porque se resuelve en la negación de la norma jurídica para casos no contemplados, y una norma de tal contenido sería totalmente inútil" (15).

2º) **Teoría de las lagunas de la ley.**—Actualmente, en contra de la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, se reconoce la existencia de lagunas en el ordenamiento legislativo.

El propio Gény, no sólo reconoce la existencia de las mismas en aquellos casos que la vida presenta y que escapan a toda posible previsión del legislador, sino también la existencia de vacíos en lo referente a materias que siendo perfectamente previsibles, a veces, la urgencia de la reforma que se quiere lograr, o la complejidad del asunto tratado, impulsan a dejar sin regular claramente esas cuestiones. Así, nos dice: "Sucede a veces que el legislador no se ha dado cuenta acabada y perfecta de la regla que se propuso establecer. Esta deficiencia del espíritu no es ajena en los actos humanos de la voluntad. Se encuentra frecuentemente en los actos jurídicos, donde las partes, fuertemente ocupadas de un pequeño número de asuntos elementales, estatuyen, sin embargo, sobre asuntos conexos y próximos, sin darse cuen-

---

(14) **Sancho Izquierdo, Miguel:** "Principios de Derecho Natural". Zaragoza, 1950, página 272.

(15) **Ferrara:** Obra citada, página 225, nota 1ª.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ta exacta del alcance de sus resoluciones respecto a otros, sobre los cuales han meditado mucho menos" (16).

Ruggiero nos habla también de la insuficiencia de las leyes y, por consiguiente, de la existencia de lagunas, al expresar: "Cuando en la legislación no se halle una norma aplicable al caso, porque éste no fue previsto, entra en juego la analogía" (17).

Stammler reconoce la existencia de lagunas en dos casos, y así podemos leer, en su "Filosofía del Derecho": "Se dice que el Derecho presenta lagunas en dos casos: 1º) Cuando un Derecho dado no ofrece solución alguna a nuevos problemas que surgen; 2º) Cuando, ofreciendo la ley una solución, el crítico no la estima justa y cree debe resolverse de modo diferente" (18), aunque hay que advertir que el mismo Stammler reconoce que en este último caso el jurista se muestra impotente ya que no puede juzgar en contra de lo que por la ley está dispuesto.

Nos parece más aceptable el estudio que de las causas de las lagunas hace Gény, el cual señala entre ellas, en primer lugar, la imprevisibilidad de los casos; después, los inconvenientes con que tropieza el acto legislativo, el acto por el cual se crea una norma, la discusión que lleva consigo; y como última causa cita la urgente resolución que reclaman algunas cuestiones apenas surgidas, pero que por la frecuencia con que se presentan exigen una solución rápida, y que, por la misma rapidez con que se obra, ya sea deliberada o involuntariamente se dejan sin resolver casos concretos y únicamente se delinea esa institución a grandes rasgos generales.

Así, es el mismo Gény el que nos dice: "No son menos inevitables en la redacción de los actos legislativos lagunas de este género; sobre todo en las vastas codificaciones modernas que encierran infinidad de soluciones, todas las cuales no han podido madurar en el pensamiento de los legisladores ni aclararlas

---

(16) **Gény:** "Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo". Editorial Reus, Madrid, 1928, página 293.

(17) **Ruggiero:** "Instituciones de Derecho Civil". Editorial Reus, Madrid, 1929, tomo I, página 150.

(18) **Stammler:** "Filosofía del Derecho". Editorial Reus, Madrid, 1930, página 333.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en todos sus detalles. Y aun en nuestras leyes recientes, las que se dirigen a un limitado asunto, los defectos y dificultades que presenta el régimen parlamentario puro, dan a veces por resultado que por temor a las dificultades que presenta un acuerdo perfecto entre los órganos legislativos, y por no retardar demasiado o dejar de acometer una reforma, deliberadamente se renuncia a esclarecer ciertos extremos delicados; de modo que la fórmula dada no revela en realidad coherencia perfecta de voluntad" (19).

Ferrara también trata este aspecto, y señala como causas de las lagunas las omisiones de reglamento y "las antinomias entre dos disposiciones contradictorias de igual fuerza que se eliminan mutuamente" (20).

Respecto a las diversas clases de lagunas que puedan presentarse, son distintos los puntos de vista desde los cuales los autores contemplan el problema y, como es lógico, al haber diversas formas de enfocar la cuestión, también los resultados han de ser diferentes.

Stammler sostiene —según señalamos anteriormente—, que hay lagunas de dos clases: 1º) Cuando provienen de la falta de solución a nuevos problemas; y 2º Cuando existiendo una norma aplicable al caso, el crítico no la estima justa y cree que debe aplicarse otra norma distinta (21).

Ferrara, con una visión más amplia, creemos da un cuadro más completo y reconoce las siguientes clases de lagunas:

— Intencionales: Cuando el legislador mismo omite deliberadamente, a veces, la regulación del caso, de ciertas soluciones que no cree todavía lo suficientemente maduras para disciplina propia, abandonando la decisión a la doctrina y a la jurisprudencia.

— Involuntarias: Cuando la insuficiencia del ordenamiento jurídico depende de la involuntaria omisión o de no haber tenido completa visión de la institución a regular.

---

(19) **Gény:** Obra citada.
(20) **Ferrara:** Obra citada, página 227.
(21) **Stammler:** Obra citada.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde otro punto de vista las lagunas podrán ser:

— Totales: Cuando se deja sin regular una entera materia o institución, bien sea nueva o ya existente.

— Parciales: Cuando la ley deja sin regular "un caso singular o una modalidad de un caso concreto" (22).

Armonizando las dos posiciones anteriormente citadas, podemos establecer la siguiente clasificación:

— Por falta de texto legal: Podemos distinguir dentro de éstas dos subgrupos, respondiendo el primero al criterio de que por parte del legislador pueden ser voluntarias o involuntarias; y el segundo subgrupo según que se puedan incluir dentro de las totales o de las parciales.

— Por faltar el texto al criterio de justicia.

* * *

No obstante las clasificaciones anteriores, suelen hacer los autores, porque la creen necesaria para evitar equívocos, una distinción entre "lagunas de la Ley" y "lagunas del Derecho".

Tratadistas como Enneccerus, dicen que caben lagunas en el ordenamiento legislativo, puesto que naturalmente es evidente que no se pueden prever todos los casos, pero es inconcebible la admisión de lagunas en el total del ordenamiento jurídico.

"La vida, —expresa Enneccerus— reclama una solución a toda cuestión de Derecho que emerge de la misma, y el juez está obligado a dar la solución, a pronunciar el Derecho. En tal sentido cabe decir que el Derecho está exento de lagunas, pues en tanto que en la ley o en la costumbre no se dé solución alguna, o sólo se dé de un modo incompleto, existe siempre la regla general que, expresa o tácitamente, refiere el Derecho al arbitrio judicial. Ahora bien, el Derecho, tal como se manifiesta estructurado en la ley o en la costumbre, no está exento de lagunas, antes bien, deja muchos problemas sin respuesta y cuya decisión

(22) **Ferrara:** Obra citada, páginas 226 y siguientes.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ha de dar el arbitrio judicial y preparar la ciencia del Derecho" (23).

Stammler hace también una distinción entre el Derecho como tal y el Derecho formado, es decir, el Derecho plasmado en leyes, en códigos, y esta distinción le sirve para afirmar que "sólo el Derecho "formado" puede presentar lagunas, tanto en uno como en otro aspecto. El Derecho en cuanto tal da siempre solución y plenamente satisfactoria, intrínsecamente, a todos los problemas" (24).

Idéntica posición adopta Ferrara, cuando afirma: "Si por lagunas se entienden los vacíos incolmables del ordenamiento jurídico, los defectos que es imposible integrar con los medios jurídicos, debe partirse del concepto de que el Derecho no tiene lagunas, y que para cualquier caso no previsto siempre acude una norma jurídica desarrollada y elaborada en el sistema". En estas palabras vemos claramente que Ferrara admite la inexistencia de lagunas del Derecho como tal, pero más adelante reconoce la existencia de lagunas de la ley, al escribir: "Pero puede hablarse de lagunas en otro sentido, como el de falta de una disposición que regule especialmente una determinada materia o caso" (25).

Plenamente de acuerdo con la distinción que los autores hacen entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho, nos parecen aceptables, sin reservas de ninguna clase, las conclusiones a que llega Castán.

Dice el referido autor:

1º—Se ha de admitir la existencia de lagunas, en el sentido de que la organización jurídica positiva, aun la más perfecta, deja inevitablemente abiertos ciertos huecos que la sola lógica es imposible a llenar, y ante los cuales, por consiguiente, la interpretación, que no puede rehusar las soluciones reclamadas por la vida, necesita, para cumplir por entero su misión, de medios independientes de las fuentes formales. Ello equivale a rechazar

---

(23) **Enneccerus:** "Tratado de Derecho Civil", volumen I, página 215.
(24) **Stammler:** Obra citada.
(25) **Ferrara:** Obra citada, páginas 224 y siguientes.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el pretendido dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita.

2º—No se puede, por el contrario, admitir la existencia de las lagunas, en el sentido de vacíos que no se pueden llenar con los medios integrativos que el ordenamiento jurídico ofrece al intérprete, o de campos en los que no pueda penetrar el Derecho, concebido como el complejo de normas derivadas de todas las fuentes expresa o tácitamente reconocidas (26).

3º—**Fórmula aceptada por el Código Civil Español.**—Aunque hayan sido muy duras y acerbas las críticas que se han dirigido contra el Código Civil Español, hemos de señalar como uno de sus méritos el haber sabido, en un período de luchas de tendencias opuestas, reconocer la existencia de lagunas de la ley, denominación que aceptamos cuando queremos designar los vacíos legislativos referentes a un caso de Derecho.

El Código Civil, en su artículo 6º, nos dice: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

Tal es el contenido del citado artículo en su párrafo segundo, del cual perfectamente deducimos que, al traernos dos fuentes auxiliares, los legisladores reconocieron la existencia inevitable de vacíos que dejan infinidad de casos sin resolver.

En el párrafo primero, el mismo artículo declara: "El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad".

El contenido de este precepto también es claro. Impone al juez el deber de fallar, la obligación de juzgar y sentenciar conforme a los moldes impuestos por el Derecho. Por muy grandes que sean las dificultades con que tropiece, el juez no puede rehusar solucionar la cuestión. Para ello el citado precepto da una norma de carácter tan general y abstracto como son los principios generales del Derecho.

---

(26) **Castán, José:** "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho". **Editorial, Madrid, 1947, páginas 305 y siguientes.**

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4.—SISTEMAS PROPUESTOS PARA LLENAR LAS LAGUNAS

Hemos visto las diferentes posiciones de los tratadistas respecto al problema de la existencia de las lagunas, pero este tema es punto de partida de otras escuelas que ofrecen sistemas diversos para colmarlas.

a) **Las Escuelas Antiguas y las del Derecho Natural.—Bajo** este nombre se agrupan diversas escuelas, que, exagerando el valor del Derecho Natural, pretenden que éste constituye la fuente nunca agotada que nos trae las soluciones precisas para los casos no regulados.

Dichas escuelas consideran al Derecho Natural como un ideal de justicia, reflejo del cual es el Derecho Positivo, el que cada Estado constituye para sí.

Es cierto que el Derecho Natural es base y fundamento del Derecho positivo, del ordenamiento jurídico; como también es verdad que aquél impone a éste unos límites que no traspasa; que el Derecho Natural brinda al hombre —como dice Mendizábal—, leyes "cognoscibles por la razón de éste y congruentes con su naturaleza" (27); como también lo es que toda decisión judicial debe estar dentro de los cauces marcados por el Derecho Natural, pero nos parece exagerado lo que pretenden estas escuelas iusnaturalistas al querer constituir aquel Derecho como fuente próxima del positivo, ya que antes de llegar a él existen numerosos medios para integrar las lagunas de la ley.

El será la última fuente supletoria del ordenamiento legislativo en la función integradora de lagunas, pero será la primera fuente de Derecho en cuanto que es él el que lo informa y la ley que se aparta de él "jam non erit lex, sed legis corruptio" (28).

b) **El Idealismo Lógico.—La** reacción contra la Escuela Histórica motiva el nacimiento de esta escuela de tipo neokantiano cuyo campeón, Stammler, nos habla de un Derecho que se presenta con la forma de ordenación de la conciencia, a la que

---

(27) **Mendizábal Martín, Luis:** citado por **Sancho Izquierdo, en obra citada,** página 225.

(28) **Santo Tomás:** "Summa Theologica", I-II, q. 95, ad secundum.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

él llama "querer". El Derecho, para el mencionado autor, es una volición, una forma de querer.

Según esta escuela, la Justicia, que es la virtud por la que distinguimos lo justo de lo injusto, es un valor absoluto y universal, que puede tener diversos contenidos según los diversos materiales empleados en ese querer.

Pues bien, esta escuela, que no nos da un concepto exacto de Justicia, un criterio que nos permita enjuiciar los actos y atribuirles o negarles la cualidad de justos, pues si bien la forma de esa idea es constante su contenido es variable, remite al juez a la idea suprema del Derecho cuando se halle ante la presencia de una laguna legal.

c) **La Escuela Histórica.**—Esta escuela ve en el ordenamiento jurídico de cada pueblo deficiencias legislativas, vacíos que dejan sin regular importantes materias. Mas, para los seguidores de esta teoría estas lagunas carecen de importancia.

Savigny dice: "Mientras que por el contrario en el método opuesto —este método opuesto es la analogía—, suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que queremos suplir en virtud de la unidad orgánica del Derecho" (29).

Postulan estos autores la consideración de la analogía como único medio de colmar las lagunas existentes, lagunas aparentes, impropias, ya que el Derecho, para ellos, está dotado de una fuerza tal, que automáticamente y por sí mismo cubre los espacios carentes de normas.

Esta escuela ve en la analogía el procedimiento único y suficiente para integrar dichas lagunas.

Esto nos parece erróneo, puesto que la analogía se muestra en ocasiones impotente para suplir dichos vacíos y hay que recurrir, cuando esto ocurre, a otras fuentes, tales como la costumbre o los principios generales del Derecho, a los cuales sí que verdaderamente no puede escapar ningún caso sin solución.

---

(29) **Savigny: Obra citada.**

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

d) **La Escuela del Derecho Libre.**—Esta escuela traspasa los verdaderos límites de la interpretación y tiende a mezclar este tema con los de la creación y elaboración del Derecho.

Antecedentes de esta escuela son Ihering y Stammler, algunas de cuyas sugerencias dieron lugar a que los jurisconsultos que las estudiaron desembocaran en esta escuela.

Con todo, es Bulow quien, en su obra "Gesetz und Richteramt", sienta la tesis de que la función del juez es una función creadora del Derecho. Esta tesis es el primer paso en el movimiento de emancipación del juez.

Adickes afirma que a la razón subjetiva es a lo que todos podemos llamar, verdaderamente, Derecho. Si bien esta razón ha de aparecer condicionada y dependiente de la evolución de los pueblos y del orden de las cosas. Expresa este autor que hay que reconocer dos clases de Derecho: uno, previamente formulado, y otro que debe ser hallado en la consideración de cada caso. A todos aquellos sitios a donde no puede llegar la ley ni la costumbre, a todos los vacíos que estas dos fuentes no pueden colmar, debe acudir y decidir la propia convicción.

Pero todo esto que aparece esbozado por autores anteriores, queda ya plasmado en forma definitiva por Kantorowick, que, bajo el pseudónimo de Gneus Flavius, lanzó en 1906 la proclama titulada "La lucha por la ciencia del Derecho". Dice en ella que el Derecho Positivo tiene su base en el Derecho Natural, pero no concibe a éste como un Derecho inmutable, sino como algo en constante transformación, adaptándose a las circunstancias de cada caso. Este Derecho libre se manifiesta en la conciencia general, pero también puede ser a veces constatado por el sentimiento individual. De ahí se deduce que el jurista unas veces sólo investiga el Derecho libre, mientras que otras lo crea.

De aquí es de donde surgen las dos ramas de esta escuela:

— La de la libre creación del Derecho, y

— La de la libre investigación del Derecho.

Estas dos ramas reconocen al juez plenos poderes cuando se halle en presencia de una laguna de la ley y, por ello, la facultad de sentenciar conforme a su libre criterio.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Como una derivación de esta escuela aparece en el ámbito de la doctrina jurídica la escuela llamada de "**la jurisprudencia de intereses**".

Fundada esta escuela por Heck y Rumelin, profesores de la Universidad de Tübingen, propugna que el juez, sin desatender los textos legales, lo cual sólo es legítimo en casos extremos, debe encauzar su función hacia la valoración de los intereses que entran en juego.

La tesis fundamental de Heck es que el Derecho surge por la pugna de intereses. Consecuencia de esta tesis es que el juez no debe ceñir su actividad a la letra de la ley, sino que debe atender, de modo primordial, a los intereses que la informan o que la motivan. Es como si dijésemos que los principios generales de la norma son los intereses que la motivan.

La consecuencia lógica que se desprende de esta afirmación es que el juez debe investigar, para dictar sentencia, los intereses en conflicto y resolver atendiendo al partido tomado por la ley y por el predominio que ésta concede a los intereses de que se trata.

La integración de las lagunas debe hacerse atendiendo a los intereses de las partes y la relación de éstos con los intereses de la comunidad.

e) **Las Escuelas Jurídico-Sociológicas.**—Es indudable que en el estudio del Derecho hay que tener en cuenta las necesidades y circunstancias por las que la vida atraviesa. Pero estas escuelas exageran el valor, la consideración de estos factores, ya que pretenden reemplazar lo que es esencial a la vida jurídica: la norma.

Sternberg pretende que el método sociológico busque su ejecución y objetividad solamente por medio de la metódica ordenación y utilización de lo realmente percibido en la experiencia, sin ulterior especulación sobre las fuerzas ocultas de la palabra, de la naturaleza o de los espíritus, que elaboran misteriosamente, a escondidas, lo que, sin embargo, sólo a la clara luz del día en la discusión metódica de la voluntad y actividad humanas podría ser producido. El método sociológico solamente lleva a cabo una nueva aproximación al Derecho Natural, en cuan-

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

to admite la argumentación derivada de la naturaleza de las cosas (30).

En resumen, lo que quiere esta escuela es que el juez, al juzgar, se fije únicamente en la naturaleza de las cosas o en la naturaleza de los hechos a través de la conciencia común, lo cual es una exagerada concesión a la importancia que tales cosas tienen, indudablemente, en la consideración del caso.

f) **Puntos comunes a estas Escuelas.**—Gény propugna que cuando las fuentes formales no sean suficientes para resolver un caso concreto, tendrá que recurrir el juez, en definitiva, a la libre investigación científica. Libre —dice el referido autor—, porque la encuentra sin trabas, sin impedimento en su acción, sin coacción por parte de la autoridad; científica, porque sus fundamentos se hallan en los elementos que ha de proporcionarle la ciencia.

Por una parte habrá de interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; por otra, habrá de dirigirse a los fenómenos sociales para aprehender las leyes en su armonía y los principios de orden que requieren. Tal es la doble misión que el intérprete ha de cumplir; la segunda de ellas tiene su base firme en lo que puede llamarse la naturaleza íntima de las cosas, representada por el conjunto de condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior; la primera descansa en un fondo más íntimo que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del Derecho (31).

Enneccerus, en una posición ampliamente conciliadora, dice que el juez en primer lugar tiene que inspirarse en el espíritu de la propia ley, en los principios y aspiraciones generales, especialmente en las valoraciones de los intereses que se hacen patentes en las disposiciones de la ley. Si la laguna no pudiera col-

---

(30) **Sternberg:** "Introducción a la ciencia del Derecho". Traducción de **Rovira.** Barcelona, Editorial Labor, 1930, páginas 160 y siguientes.

(31) **Gény:** Obra citada, páginas 479 y siguientes.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

marse por virtud de ninguna conclusión analógica justificada, el juez tiene que fijar, a su prudente arbitrio, la norma adecuada, sin ponerse en contradicción con las ideas fundamentales de la ley y con la doctrina y la tradición consagradas. En esta investigación del Derecho para completarlo, el juez ha de pensar en la meta suprema del Derecho, en el progreso de la cultura y en el perfeccionamiento del género humano; en síntesis, en la realización de la idea del Derecho (32).

g) **Conclusiones.**—Actualmente, una tendencia que ha conseguido muchos adeptos es la de la libre investigación del Derecho, creyendo sus seguidores que ése es el único medio para llenar los vacíos de las leyes.

Pero hemos de tener en cuenta que tal libertad es muy restringida, en cuanto está sujeta a trabas de gran importancia, impuestas por los mismos que la predican.

Estas limitaciones son las siguientes:

El imperativo que manda al juez inspirarse en el espíritu de la propia ley y en los principios fundamentales del total sistema jurídico.

Porque si se permite al juez acudir a la libre investigación del Derecho, cuando los principios generales del ordenamiento jurídico se viesen impotentes para resolver el caso, se le imponen para impedir la arbitrariedad dos condiciones:

Un límite negativo: "el de no contradecir las ideas fundamentales de la ley ni la costumbre, o, lo que es igual, la armonía del sistema".

Una base positiva: "la de haber de ajustarse a ciertas direcciones de tipo objeto, buscando, sobre todo, en la doctrina científica suficientemente unánime, y en los resultados de su indagación de los principios de justicia social, la solución del caso no previsto".

---

(32) **Enneccerus:** Obra citada, volumen 1º de Parte General, páginas 217 y siguientes.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5.—SENTIDO DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL EN ORDEN A LA FUNCION INTEGRADORA.

En el Código Civil Español no está reconocida la libre investigación científica, pero se dan al juez unas facultades subsidiarias, como son la costumbre y los principios generales del Derecho, que le permiten gran libertad de movimientos y a las cuales no queda, no puede escapar, ningún caso sin la solución adecuada.

Los principios generales del Derecho permiten al intérprete gran libertad en su acción, ya que cuando dichos principios, que deben ser entendidos en primer lugar como los principios que informan el Derecho Positivo vigente, no son suficientes, entonces la búsqueda de tales principios se realiza en el campo inagotable del Derecho Natural.

Por eso, como dice Castán, la investigación "más que libre, es complementaria del Derecho".

La función del intérprete, en el Derecho Español, no es ni meramente pasiva ni libremente creadora. Dicha función "está condicionada por los diversos factores que imprimen al orden jurídico, positivo y natural, una realidad objetiva".

III.—LA ANALOGIA COMO PROCEDIMIENTO DE INTEGRACION DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO

1.—CONCEPTO GENERAL DE LA ANALOGIA

Filológicamente hablando, la palabra analogía procede de las voces griegas "ana" y "logos", significando "conforme a razón".

Gramaticalmente, analogía significa tanto como relación de semejanza entre cosas diferentes.

En sentido filosófico, se llama analogía a "aquella argumentación en que de varios casos particulares se saca una conclusión de carácter general".

El fundamento de la analogía se halla en la consideración de la constancia y regularidad de las leyes de la Naturaleza, de-

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

duciéndose de ellas que los hechos futuros serán aproximadamente iguales a los pasados. Se basa en la consideración de que causas iguales producen efectos iguales; que causas contrarias producen efectos contrarios; y que los efectos son proporcionales a las causas (33).

No obstante, resulta que la apreciación de las causas puede ser —sin que nosotros nos demos cuenta—, acompañada de circunstancias extrañas que alteran el efecto, lo cual hace que la analogía resulte viciosa.

2.—LA ANALOGIA EN SENTIDO JURIDICO

a) **Concepto que de ella tuvieron los romanos.**—Los romanos, los legisladores latinos, tuvieron una preocupación constante por la promulgación de normas relativas a la forma de colmar las lagunas de las leyes.

Por eso, no es extraño que nos encontremos con fórmulas como la proporcionada por Juliano que, reconociendo al mismo tiempo la existencia de tales lagunas, dice: "Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi"; y añade: "Sed cum in aliqua causa sententia eorum manifestata est, is, quis jurisdictioni praest ad similia procedere, atque ita jus dicere debet" (34); con lo cual, con la frase "ad similia procedere", nos hace entrever de un modo claro la analogía, que no es más que la aplicación de la norma a un caso semejante al que regula y que no está regulado en modo alguno.

Cujaccio, comentado esta frase, expresa: "Nec enim posse omnes articulos, id est, omnia themata, omnes casus, qui quandoque inciderint singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in causa aliqua sententia legum vel senatusconsultorum manifesta est, eum, qui, judisdictioni praest, id est, magistratum, ad similia atque ita ius dicere debet". Porque —como dice luego— "magistratus esse leges porrigere ad

---

(33) **Guirao e Iztueta:** "Lógica, Psicología y Etica", Parte I, Sección 1ª, capítulo 7.

((34), (35) y (36) Citados por **Guido Capitani** en "Il Digesto Italiano", volumen III, parte 1ª, voz "Analogía", página 166.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

similia, et non tam verba expectare, quam sententia legum, non tam autem primam quam sanguine quoque ipsum, et medullam" (35).

El emperador Adriano establece también que "si quid in edicto possitum non inveniatur, hoc ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruire auctoritas"; y Justiniano sanciona y da cabida en su obra a la declaración de Adriano que habla de extender el Derecho vigente a los casos semejantes, a aquello que "proximum et consequens ei est, ad ejus regulas ejusque conjecturas et imitationes"; lo cual no es otra cosa que la analogía (36).

b) **Concepto actual de la analogía.**—Son variadísimas las definiciones con que muchos autores han querido ofrecernos una idea exacta de la analogía.

Creo lo más oportuno exponer algunas de ellas, no con la intención de dar un concepto, un conocimiento perfecto de tal materia, sino para delimitar un campo de acción cuyo estudio nos proporcionará al final una idea clara de la analogía.

Así tenemos que:

Castán la define como "la aplicación extensiva de la norma o, más propiamente, de los principios extraídos de la norma, a un caso concreto no previsto por ella, pero que presenta afinidad o, en otros términos más exactos, igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula" (37).

De Diego la define diciendo de ella que es "un procedimiento de indagación y aplicación del Derecho, en virtud del cual se aplica la norma establecida para un caso previsto a otro no previsto, en razón de la igualdad jurídica esencial que existe entre ambos; ubi eadem ratio legis, ibi eadem juris dispositio, se ha dicho y repetido constantemente en las escuelas" (38).

De Castro expresa: "Se llama analogía al procedimiento

---

(37) **Castán Tobeñas, José:** "Derecho Civil...", obra citada, página 370.

(38) **De Diego:** "La analogía en el Código Civil Español", publicado en la "Revista de Derecho Privado", tomo I, años 1913-1914, página 372.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

consistente en la afirmación de la existencia de una nueva regla jurídica que se apoya en la de una regla anteriormente reconocida, de semejante objeto y finalidad" (39).

Para Ferrara, consiste en "la aplicación de un principio jurídico que la ley pone para un caso determinado, a otro no regulado pero semejante jurídicamente al primero" (40).

Guido Capitani, en "Il Digesto Italiano", se ocupa de ella afirmando que consiste "en el conjunto de aquellos medios de los que se vale el intérprete para llenar las lagunas del Derecho Positivo e integrarlo con elementos extraídos del Derecho mismo; en otros términos, está constituida por aquel procedimiento mediante el cual, para decidir una controversia que no puede ser resuelta con una precisa disposición de la ley, se recurre a las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas, y, si el caso permanece todavía dudoso, a los principios generales del Derecho" (41).

c) **Fundamentos.**—Antiguamente era creencia común que la analogía se basaba en una presunta "voluntas legislatoris", según la cual, el legislador, de haber previsto el caso, hubiera decidido incluirlo en la norma que regula el caso análogo al no regulado.

Enneccerus se muestra disconforme, y en general junto con él toda la doctrina moderna, con la justificación de la analogía en este sentido y dice: "La voluntad que el legislador presuntamente hubiese tenido si, cosa que no existe, hubiera pensado en el caso, no es voluntad alguna y, por tanto, no puede producir ningún efecto" (42).

Modernamente, se busca el fundamento de la analogía en la consideración de que dos hechos iguales esencialmente, no iguales en las circunstancias accidentales que los acompañan, requieren soluciones y sanciones iguales, conforme al aforismo tantas

---

(39) **De Castro:** "Derecho Civil de España", página 401.
(40) **Ferrara:** "Trattato...", obra citada, página 227.
(41) **Capitani, Guido:** "Analogía", publicado en "Il Digesto Italiano", página 162.
(42) **Enneccerus:** Obra citada, página 218, nota 19.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

veces repetido de "ubi eadem ratio legis, ibi eadem juris dispositio" (43).

d) **Presupuestos necesarios para la existencia y funcionamiento de la analogía.**—Señalan todos los tratadistas como necesaria, para la aplicación de la analogía, la existencia de una laguna de la ley, puesto que la función propia de la analogía consiste en integrarla, de tal modo que esa laguna, ese vacío dentro del cual cae el caso, no pueda ser colmado ni según la letra ni según el sentido de la ley.

Savigny manifiesta que en el método de la analogía se supone una ausencia total de la disposición legislativa, respecto del caso controvertido (44).

De Diego llega a idénticas conclusiones cuando dice: "Dos supuestos la hacen ineludible: 1º) Que el legislador no puede prever todos los casos posibles por perfecta que sea su obra; 2º) Que ningún caso, por nuevo e imprevisto que sea, puede quedar sin solución jurídica" (45).

Otro supuesto necesario para la aplicación de la analogía es que exista, entre el caso regulado y el no regulado, una igualdad jurídica esencial, es decir, que concurra la "eadem ratio decidendi" (46).

Es interesante en este punto la doctrina sostenida por Stammler, quien expresa:

"Ahora bien, la semejanza es una identidad parcial. En materia jurídica puede ocurrir, siendo esto decisivo, que entre los requisitos de los diferentes supuestos medie una identidad parcial. Y de esta identidad parcial de los requisitos se requerirá la identidad de los efectos, extendiéndose a un supuesto los indicados para el otro.

"Serán análogos los requisitos de dos normas jurídicas cuando en ambas se manifiestan del mismo modo, aunque sólo

---

(43) **De Diego:** "Curso elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral", tomo I, Madrid, 1927, página 430.

(44) **Savigny:** Obra citada.

(45) **De Diego:** "La analogía en el Código...", obra citada, página 370.

(46) **De Diego:** Obra citada.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parcialmente, los mismos conceptos jurídicos fundamentales" (47).

Ferrara dice que esta igualdad jurídica esencial es el elemento más difícil de colegir y el que pone a prueba el sentido jurídico, así como la agudeza del intérprete. Algunos hechos jurídicos tienen ciertos elementos esenciales que los caracterizan y que forman la "ratio iuris" de la norma, y otros elementos accidentales y contingentes que la acompañan (48).

Para establecer esta igualdad jurídica hay que atender únicamente a los elementos esenciales, dejando los accidentales como algo secundario que da al caso una configuración externa que lo distingue de los otros.

Concretando, podemos decir que son supuestos necesarios para el uso de la analogía:

La existencia de una laguna de la ley que deje sin regular el caso de que se trata;

La existencia de la "eadem ratio dicendi"; y

La obligación que tienen los jueces de fallar el caso, puesto que si pudiesen sustraerse a esa obligación les sería de más comodidad el no solucionarlo.

e) **Procedimiento.**—Castán manifiesta que la analogía puede concebirse de dos modos diferentes:

Como una relación de semejanza que enlaza directamente el caso previsto en la ley y el que se trata de resolver; y

Como una relación de identidad —identidad de razón—, que enlaza directamente el caso regulado y el no regulado, a través de una idea o principio superior, común a ambos (49).

Es decir, que la norma que regula el caso puede aplicarse a otro caso no regulado, en virtud de la semejanza existente entre ambos, siendo esa aplicación directa; o bien se puede, por el contrario, abstraer los principios que inspiran la norma para,

---

(47) **Stammler:** "Filosofía del Derecho", obra citada, página 332.
(48) **Ferrara:** "Trattato", obra citada, página 229.
(49) **Castán Tobeñas:** "Teoría de la aplicación...", obra citada, página 315.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

después, indagar si el caso no regulado está comprendido bajo los mismos principios.

De Diego es partidario de este segundo procedimiento, diciendo que el procedimiento íntimo de la analogía parece ser el de una abstracción lógica por la que, de las reglas particulares declaradas por el legislador, nos elevamos al principio que las gobierna, para encontrar en ese principio una regla más amplia que abarque el caso regulado y el no regulado (50); concepto éste que coincide plenamente, casi incluso en la terminología, con el que de dicho procedimiento nos da Ruggiero, quien se expresa en los términos siguientes: "El procedimiento propio consiste en una abstracción lógica, en virtud de la cual, de las normas expresas y particulares, se llega al principio que las gobierna, para hallar en éste una regla más amplia que abarque el caso previsto y el no previsto" (51).

Es, pues, indudable que el procedimiento analógico consiste en una abstracción de los principios que inspiran la norma, y que por extensión de los mismos abarcan otros casos no regulados pero que, por su semejanza con los legislados, pueden quedar comprendidos bajo la misma norma.

Capitani destaca en el procedimiento analógico el valor de dos elementos contrapuestos, al escribir que analogía en general es la combinación de dos elementos contrarios: la identidad y la diversidad en la aplicación de la ley; el procedimiento por analogía resulta de la diversidad de los casos y de la identidad de principios para decidirlos (52).

f) **Clases de analogía.**—Esta abstracción de principios de que hablan los tratadistas y en que consiste el procedimiento de la analogía puede tener gradaciones diversas, según se apoye en una norma concreta o en un grupo de normas, o, dicho de otra manera, en el conjunto de normas que regulan una determinada materia.

---

(50) **De Diego:** "La analogía en el Código...", obra citada, página 372.
(51) **Ruggiero:** "Instituciones...", obra citada, página 150.
(52) **Capitani:** "Analogía", citada, página 170.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta es la doctrina seguida por Ruggiero, el cual razona en términos similares a los empleados por nosotros y así dice: "Este proceso de abstracción puede tener diversas gradaciones, según que la regla más amplia, idónea para el caso no previsto, se halle en la materia misma a que pertenece el caso previsto o en una materia análoga; en otros términos, las generalizaciones merced a las cuales el intérprete opera, pueden detenerse en un primer grado o dilatarse hasta grados ulteriores, hasta que sea hallada una norma general". Consecuencia de esto es que la doctrina distingue una "analogia legis", que tiene lugar cuando una norma existente se aplica a un caso no contemplado pero perteneciente a la misma materia, y otra, la "analogia iuris", que tiene lugar cuando se opera con principios que regulan una materia análoga (53).

1ª—**Analogía de la ley.**—La analogía de la ley, llamada por la doctrina alemana "Gestzesanalogie", es la aplicación de los principios que informan una norma a un caso no regulado por ella, pero que es esencialmente idéntico al regulado, dándole la solución que impone la norma.

Algunos autores afirman con Ferrara que la primera forma es más fácil —se refieren a la "analogia legis"—; con ella se decide un caso no regulado según una norma que preside un caso afín ya decidido (54). Consideran, pues, que la analogía aplica por una razón de semejanza entre el caso tratado y el no tratado en la norma.

A nosotros nos parece más adecuado el procedimiento consistente en la abstracción de los principios que informan la norma.

Rodolfo Sohm, enemigo de la fórmula anterior, dice que equivale a descubrir los elementos contenidos en el caso que la norma regula, para proyectarla, no sobre otros más o menos semejantes, porque tal analogía sería la negación de la jurisprudencia, sino a casos idénticos que, aun siendo aparentemente otros,

---

(53) **Ruggiero:** "Instituciones", página 150.
(54) **Ferrara:** Obra citada, página 228.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

presentan los mismos elementos que los casos directamente previstos (55).

Es necesario, sin duda, que lo mismo el caso que la norma sean estudiados minuciosamente, para que, separando de ellos lo accidental, lo que los individualiza, lo que nos puede hacer creer que el caso en cuestión es distinto al regulado, dejemos de ellos lo jurídicamente esencial y entonces, dada la igualdad, incluirlo en la ley y darle la solución que marque la norma.

2ª—**Analogía de Derecho.**—La analogía de Derecho, llamada por la ciencia alemana "Rechtsanalogie", consiste en la abstracción de los principios que presiden un grupo de normas, una institución completa, para aplicarlos a casos y materias no reguladas pero análogas a las primeras.

Muchos autores han entendido esta clase de analogía como idéntica a los principios generales del Derecho. Nosotros creemos que no es así, ya que estos principios son mucho más amplios, puesto que son los de todo un ordenamiento jurídico o los principios informadores del Derecho Natural, en tanto que los principios extraídos de la "analogia iuris" son de menos amplitud y con un campo de aplicación más reducido.

Bajo esta concepción, no es de extrañar que Guido Capitani defina la analogía como "la integración del Derecho Positivo con elementos deducidos, no ya de disposiciones particulares, sino de todo el complejo del Derecho mismo" (56).

Otros autores entienden que los principios generales del Derecho son una forma de la "analogia iuris"; opinando que en nuestra ley, cuando un caso no puede ser regulado mediante la "analogía legis", debe recurrirse a los principios generales del Derecho. Ahora bien, el recurso a estos principios generales no es otra cosa que, la "analogia legis", una forma de expresión de al misma (57).

---

(55) **Sohm, Rodolfo:** "Instituciones de Derecho Privado Romano". Traducción de **Roces.** Páginas 20 y 21.

(56) **Capitani:** "Analogía", citada, página 179.

(57) **Ferrara:** Obra citada, página 228.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Castán define la "analogia iuris" como la que arranca de una pluralidad de disposiciones singulares, de las que extrae, por vía de inducción, las ideas o principios que explican y justifican las soluciones positivas dictadas por el legislador, para deducir de ellas consecuencias y aplicaciones no previstas en ninguna de las disposiciones de la ley (58).

Dentro de la misma posición mantenida por Castán Tobeñas se encuentra Rodolfo Sohm, que ve en la analogía de derecho un medio de integración de las lagunas, consistente en la abstracción de los principios que presiden un grupo de normas. Se basa en la idea que gobierna determinadas normas, o acaso todo el orden jurídico. Aquí el jurista se remonta a los principios contenidos en las normas, y no en los casos; o, lo que es lo mismo, a las ideas jurídicas, a los fines que las normas se proponen realizar (59).

El procedimiento propio de la "analogia iuris" se deduce del concepto de la misma.

Consiste en la abstracción de los principios contenidos en un grupo de normas que regulan una materia determinada, para aplicarlos a la materia no regulada.

Por otra parte, no están tampoco muy de acuerdo los autores respecto al procedimiento exacto de esta analogía.

Hemos apuntado ya, como hay tratadistas que sostienen que los principios generales del Derecho son una forma de aplicación de la "analogia iuris", fundándose para ello en la referencia que muchos Códigos, entre ellos el español y el italiano, hacen a tales principios.

3.—LA ANALOGIA Y SU DIFERENCIA CON LA INTERPRETACION EXTENSIVA DE LA NORMA.

La diferencia entre estas dos formas, entre estos dos procedimientos, no siempre ha sido reconocida por las escuelas.

Tomemos primeramente el Derecho Romano. En Roma, la labor de los jurisconsultos era extensísima, por la amplitud de

(58) **Castán:** "Teoría...", citada, páginas 317 y 318.
(59) **Sohm, Rodolfo:** Obra citada.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

poderes de que gozaban en la aplicación del Derecho. Entre los romanos no hubo una clara distinción entre la mera interpretación y la creación verdadera del Derecho. Mucho menos pudo haberla entre la interpretación y un procedimiento intermedio, que no es ni interpretación propiamente dicha, ni llega a la creación.

Más tarde, a medida que progresa la ciencia del Derecho, nos encontramos con la España del siglo de oro, en la que un tratadista de la categoría de Suárez, reconociendo la diferencia esencial entre ambos procedimientos, señala, aunque con distinta terminología, la diferencia entre la analogía y la interpretación extensiva.

La interpretación comprensiva —dice Suárez—, tiene por objeto extender la ley a casos comprendidos en la mente del legislador, aunque éste no los hubiera señalado claramente con palabras; y la interpretación extensiva —hoy llamada analogía, en contraposición con la comprensiva que hoy se denomina extensiva— es aquella por la cual se extiende la disposición de la ley al caso no comprendido bajo la mente del legislador, por semejanza o paridad de razón (60).

Guido Capitani también acepta la distinción, diciendo que la interpretación, en general, tiene por objeto reconstruir el pensamiento del legislador, y tiene lugar de ordinario cuando la letra de la ley es oscura y dudosa su aplicación; y hablando de la analogía se expresa en los términos siguientes: "La analogía, por el contrario, es el completamiento orgánico del Derecho Positivo; el complejo de medios de los cuales se vale el intérprete para colmar la laguna; el procedimiento con el cual se va de un elemento jurídico ya establecido, para resolver un caso no contemplado en la ley, para la cual solución en el mismo sentido del caso contemplado concurra plena y absoluta igualdad de razón" (61).

Gény también reconoce la diferencia esencial existente entre ambas, y la manifiesta expresando que no hay que confundir la analogía con la interpretación extensiva, consistente en servir-

---

(60) **Suárez, Francisco: "Tratado de las Leyes", Libro VI, capítulo 3º. Edición Torrubiano.**

(61) **Capitani, Guido: Obra citada, página 167.**

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

se de los elementos extrínsecos de la ley, que descubren la voluntad del legislador, para ampliar en el sentido de ésta la fórmula de un texto concebido demasiado restrictivamente. La analogía va más allá de este procedimiento elemental. No se detiene a buscar la intención real, o supuesta directamente, del autor de la ley; se dirige a crear, con su decisión o con el conjunto del sistema, una nueva y distinta regla, fundada sobre la identidad de razón jurídica (62).

Savigny, además de reconocer esta distinción, señala claramente la diferencia de supuestos cuando escribe: "En uno y otro caso se diferencia este procedimiento de la interpretación extensiva, con la cual se le confunde sin razón, pues la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna del Derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es lo que nos proponemos suplir..." (63).

Siguiendo a los citados autores, podemos señalar que la analogía se diferencia fundamentalmente de la interpretación extensiva en los puntos siguientes:

a) **Por los supuestos.**—La interpretación extensiva presupone la existencia de una ley que regule el caso, aunque éste no se halle comprendido en la letra de la misma, por defectos de expresión, pero sí en su espíritu.

Windscheid justifica a este respecto la interpretación extensiva, diciendo que puede suceder, y se verifica a menudo, que el legislador no hubiere tenido una percepción clara del concepto y se halle detenido a una forma de manifestación del mismo que no responde claramente a su verdadero alcance. El más alto y noble deber de la interpretación es venir en tal caso en ayuda del legislador, y frente a la voluntad que él expresa, hacer valer aquella que tenía realmente (64).

---

(62) **Gény:** Obra citada, páginas 295 y 296.
(63) **Savigny:** Obra citada, tomo I, página 198.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b) **Por el fin.**—El fin de la interpretación extensiva es la extensión de las palabras de la ley, de forma que comprendan un caso no incluido expresamente en ella.

Carnelutti dice que el fin de la interpretación extensiva es conocer lo que el legislador ha pensado, mientras que el de la analogía es conocer lo que habría pensado si hubiese previsto el caso (65).

La analogía tiene como fin colmar la laguna existente en el ordenamiento legislativo.

c) **Por el procedimiento.**—El procedimiento peculiar de la interpretación extensiva consiste en desenvolver todo el alcance de la norma, del precepto legal, tomando como base los fines de la misma, para aplicarla a los casos no incluidos en su letra pero sí en su espíritu.

La analogía tiene un procedimiento muy distinto, consistente en la abstracción de los principios ínsitos en la norma que regula casos semejantes o materias análogas a aquellas que queremos resolver, deduciendo de ellos el verdadero contenido de la ley.

d) **Por los resultados.**—El resultado de la interpretación extensiva es la inclusión, dentro de la norma, del caso en cuestión cuya solución se pretende aplicarle; por consiguiente, lo que la ley establece para el mismo.

La analogía tiene por resultado la creación de una nueva norma, de una norma que sólo contiene, como si dijésemos, los principios que informan la que regula el caso análogo contemplado. Esta nueva norma es más amplia, más general, y comprende el caso regulado y el no regulado.

Tras esto podemos aceptar como idóneas las conclusiones a que llegan Aubry y Rau cuando dicen: "Es preciso no confundir, como sucede a menudo, la interpretación de la ley con la aplicación de los principios dados por una ley, a materias o cues-

---

(64) **Windscheid:** "Diritto delle Pandette". Traducción de **Fada y Bensa.** Torino, 1925, Tomo I. Capítulo II, páginas 63 y siguientes.

(65) **Carnelutti:** "Teoría General del Derecho", página 117.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tiones que ella no ha previsto" (66); y la opinión de Cujaccio, que expresa: "Est inter supplere et interpretari differentia quedam: supplemus specialia, interpretamur generalis. Supplere est extendere et cuasi emendare; interpretari neque extendere est, neque emendare" (67).

4.—LA ADMISIBILIDAD DE LA ANALOGIA

Aunque muchos autores admiten la analogía como medio de integración de las lagunas del Derecho, no faltan tratadistas que la desechan por unos u otros motivos.

Diversos han sido los puntos de vista desde los cuales se ha estudiado el problema de la admisibilidad.

Nosotros vamos a exponer brevemente algunos de los que la rechazan.

a) **Desde el punto de vista filosófico y iusnaturalístico.—** Se encuentra entre los autores de esta posición doctrinal Jorge del Vecchio, insigne tratadista italiano de ribetes neokantianos, que considera un error la confusión de la analogía con los principios generales del Derecho y con la inducción.

"La doctrina común en lógica, que tiene su raíz en Aristóteles, distingue ya, precisamente, —nos dice Del Vecchio— la analogía de la inducción, en que no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a lo particular coordinado. No puede, por tanto, en rigor, construirse una verdad general por medio de la analogía" (68).

En España tenemos a Legaz, para quien tampoco la analogía puede construir ninguna verdad general, puesto que, en su opinión, por medio de ella se pasa de lo particular a lo particular semejante. Tampoco admite, según su forma de ver las cosas, que el Código Civil Español permita el uso de la analogía, salvo en los casos en que expresamente lo preceptúa, pero reconoce que dicho procedimiento se ha introducido entre las fuen-

---

(66) **Aubry y Rau:** "Cours de Droit Civil Français", página 131.

(67) **Cujaccio:** Citado por **Capitani** en "Il Digesto Italiano".

(68) **Del Vecchio, Jorge:** "Los principios generales del Derecho". **Traducción de Ossorio Morales, páginas 12 y siguientes.**

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tes formales del Derecho Español en virtud de una interpretación de los principios generales del Derecho y de la última de las disposiciones transitorias. Ello demuestra cabalmente que la analogía es una operación lógica que se impone con fuerza irresistible en el Derecho, salvo en aquellos casos en los que éste, por razones de ideología, le opone un veto formal (69).

Stammler tiene una concepción de la analogía muy parecida a la de Del Vecchio, cosa no extraña porque ambos pertenecen a la misma escuela. Dice Stammler que mientras que la inducción investiga el género de que forma parte una norma jurídica específica, procediendo, por tanto, de lo especial a lo general, la analogía procede mediante el paralelo de lo especial con lo especial. El método inductivo tiende a descubrir la identidad del concepto que esencialmente condiciona las voluntades jurídicas diferentes; la analogía, en cambio, basa la resolución de una cuestión jurídica concreta en la decisión de otra semejante. No obstante, Stammler admite en su obra el procedimiento analógico (70).

b) **Desde el punto de vista de la libre investigación del Derecho.**—Entre los que combaten la aplicación de la analogía desde este punto de vista podemos contar a Dualde, el cual estima que la verdadera analogía es la que se aplica directamente por la semejanza entre el caso regulado y el no regulado, llamada también analogía empírica, y que es, como tal, un procedimiento insuficiente. Considera, también, que si esa analogía se aplica de forma que se proceda primero a la abstracción de los principios, entonces pierde el carácter de analogía.

Mediante la analogía, un caso que no está en la ley se resuelve considerándolo comprendido en la ley. Lo legalmente imprevisto se afirma que está previsto en un precepto donde no lo está. Se trata, pues, de un fenómeno en el que actúa la "ley de participación" de un procedimiento mágico. Una cosa no está y está al mismo tiempo, quebrantando el principio de contradic-

---

(69) **Legaz:** "Introducción a la ciencia del Derecho". Editorial Bosch, Barcelona.

(70) **Stammler:** Obra citada, página 331.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción; un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual se la aplica para que produzca un efecto de que ella no puede ser causa, lo que contraría el principio de causalidad. En pugna los axiomas lógicos, sobre los que se desenvuelve nuestro pensamiento y el principio mítico de que la ley tiene un infinito radio de acción, los axiomas sucumben ante el mito (71).

No obstante, Dualde se contradice al admitir la analogía iuris, considerándola como los principios generales que informan todo el Derecho, colocando al intérprete en la práctica de la libre investigación del Derecho. La analogía legis no la acepta, porque, al tomar los principios de una norma concreta, corta las alas al jurisconsulto restringiéndole la libertad.

c) **Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses.**—En Portugal, Vaz Serra admite la analogía con muchas reservas.

Sólo se tendrán por análogas —expone el referido autor— las hipótesis que, por ser semejantes a las situaciones de intereses y mostrarse del mismo modo adecuadas a los juicios de valor legales, deban consecuentemente estar sujetas a idéntico tratamiento jurídico (72).

d) **Posición de De Castro.**—El Profesor De Castro, apasionado defensor del Código Civil Español —defensa que lleva a límites insospechados—, admite la analogía pero con grandes reservas, fundándose para ello en las disposiciones del Código, que acepta sin reservas ni restricciones.

Basándose en la expresión "exactamente aplicable", que emplea el artículo 6º del Código, el citado Profesor dice que es necesario que se aplique la costumbre del lugar con primacía sobre la expansión analógica de la ley, ya que si no, se podría impedir de hecho la existencia de la costumbre; y, por otra parte, la norma extendida por el procedimiento analógico ya no es la ley "exactamente aplicable" de que habla el Código.

---

(71) **Dualde:** "Una revolución en la lógica del Derecho", página 76.
(72) **Vaz Serra:** "Valor práctica de los conceptos y de la construcción jurídica".

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por otra parte, la analogía no debe, de acuerdo con su concepción, aplicarse como pura operación lógica. La "comparatio sive proportio" no puede ser abstracta y artificial; ha de ser "secundum dignitatem", según lo que cada situación jurídica merezca, acorde con los principios generales del Derecho, y la finalidad concreta de las normas (73).

5.—CASOS DE INADMISIBILIDAD DE LA ANALOGIA

1º) **En Derecho singular.**—Paulo definió el Derecho singular como "quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est" (74).

Ferrara lo define dentro de la doctrina actual como "el Derecho contrario a los principios" (75).

Característica del Derecho singular es derogar los principios constitutivos de la norma común.

La doctrina tradicional ha visto siempre el Derecho singular como una especie de Derecho en la que no caben ni la analogía ni la interpretación extensiva. Para ello se basaban los tratadistas en dos textos de Paulo que decían: el primero, "quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consecuentias"; y el segundo, "quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi" (76).

En tal sentido, Savigny, seguidor de estos principios, expresaba: "La interpretación por vía de analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida presenta el carácter de una excepción a la regla, pues en este caso falta una de sus condiciones esenciales, a saber: la ausencia de toda regla. Así, por ejemplo, cuando una ley es abrogada en parte por una ley nueva, resulta, fuera de esta parte, subsistente; y querer extender más allá la abrogación no sería emplear la analogía, puesto que no nos falta la regla, sino más bien, se-

---

(73) **De Castro:** Obra citada, página 401.
(74) **Paulo:** En el Digesto, Libro I, título 3º, fragmento 16.
(75) **Ferrara:** Obra citada, página 86.
(76) **Paulo:** Citado por **Capitani** en "Il Digesto...", página 176.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ría ensayar una interpretación extensiva pero arbitraria y sin fundamento" (77).

Actualmente la concepción, que defiende esta inadmisibilidad de los dos procedimientos, queda ya anticuada, y así tenemos que Fadda y Bensa aceptan la admisión de la interpretación extensiva.

Ruggiero admite la interpretación extensiva y la analógica al expresar que "cuando el Derecho singular constituya un sistema orgánico de normas que regulen toda una materia, bien puede haber lugar en el mismo a la interpretación analógica para los casos no considerados por las normas particulares, pero que entran en la materia regulada por aquel sistema; así, por ejemplo el Derecho Mercantil, del cual no se excluye la analogía" (78). Enneccerus llega a una conclusión muy parecida.

2º) **En Derecho Penal.**—En Roma, en el período imperial y a diferencia de cuanto acaecía en tiempos de la "questionis perpetuae", el juez, en materias penales, podía juzgar "ad exemplum legis".

En los tiempos modernos y hasta Beccaria, el juez tenía un poder arbitrario, y ante los abusos de autoridad judicial que por todas partes eran cometidos, el citado penalista, preocupado por estos problemas, intenta solucionarlos, pero cae en el polo opuesto a la arbitrariedad.

Por eso no es de extrañar que nos diga: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces, por la misma razón de que no son legisladores. En cada delito debe hacer el juez un solo silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la premisa menor la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez se vea obligado o quiera hacer dos silogismos, se abre la puerta a la inseguridad" (79).

---

(77) **Savigny:** Obra citada, Tomo I, página 198.
(78) **Ruggiero:** Obra citada, página 59.
(79) **Beccaria:** "Dei delitti e delle pene", Capítulo IV.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pronto surgiría la reacción ante este encadenamiento de la labor judicial impuesta por las doctrinas de Beccaria, y como representante de esa reacción encontramos a Binding, que admite la analogía en materia penal y, lo que es más grave, la analogía en el espíritu subjetivo del juez.

Sin embargo, si el juez no puede ni debe crear la ley, debe, no obstante, indagar y revelar el espíritu de la misma, por cuanto en materia penal no deja de tener valor el principio según el cual "scire leges non est verba eum tenere, sed vim ac potestatem".

De ahí se deduce que no debe excluirse la interpretación extensiva, que tiende a revelar el verdadero sentido de la ley, sólo por tratarse de leyes penales. No obstante, Thibaut no la admite.

Portalis, en el "Discurso preliminar al Código Civil Francés", dice: "Las materias criminales, que versan sobre determinadas acciones, al contrario de las materias civiles, son limitadas. Las unas pueden ser objeto de ley preventiva, mientras que las segundas no son susceptibles. En materia civil la cuestión es entre dos o más ciudadanos; no puede permanecer indecisa, y es forzoso que el juez dictamine... Pero en materia criminal la cuestión es entre ciudadano y público, cuya voluntad no puede estar representada más que en la ley; allí se necesita un texto formal y preexistente, gracias al cual se pueda intentar de nuevo la acción; allí hay necesidad de ley precisa y no de jurisprudencia" (80).

El Código Penal de Luisiana, redactado par Livingston, dispone en su artículo 8º: "Está expresamente prohibido al tribunal fallar alguna acción u omisión no condenada literalmente en la ley, alegando que lo estuviese en su espíritu" (81).

Nuestra legislación penal no admite la analogía, ni tampoco la interpretación extensiva, en materias penales.

3º) **Leyes que restringen el libre ejercicio del Derecho.**— Richeri afirma: "Restringuntur leges, quae libertatem a natura tributamminuunt, sive coactant; quales sunt, quae prohibent quod

(80) **Portalis:** en Locré, Exposición de motivos, página 158.
(81) Citado por **Guido Capitani** en "Analogía", página 180.

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

per se honestum est; nom enim onus aliquod addendum est, nisi legislator aperte declaraverit suam voluntatem... Hinc restringendae sunt leges quibus prescribuntur solemnitates in contractibus vel ultimis voluntatibus servandae quia sustinenda est, quantum fieri potest, libera facultas a natura homini tributa de re sua disponendi".

Es decir, el concepto es claro: no puede aplicarse la analogía a las leyes que menguan o coartan la libertad dada por la naturaleza, las que prohiben algo que por sí se honesto.

En su caso, se trata de disposiciones de carácter anómalo, porque la presunción general de libertad plena e ilimitada en el ejercicio del Derecho cede sólo ante las restricciones a tal ejercicio, sancionadas por el legislador por particulares consideraciones de utilidad.

Extender estas normas por medio de la analogía sería ir en contra de la consecuencia general, según la cual "la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción", y cada uno se presume con plena potestad, con pleno ejercicio de sus derechos, salvo que conste la existencia de prueba en contrario.

4º) **Leyes que conceden privilegios.**—Siendo otorgados los privilegios para regular no una situación de tipo abstracto, sino una relación concreta y determinada, es evidente que ellos sólo rezan para aquellas situaciones a las que van dirigidos, no pudiéndose extender a otras y, por lo tanto, no admiten la extensión analógica.

5º) **Leyes de impuestos.**—Antiguamente se consideraban los impuestos como dotados de un carácter odioso, procedente de que eran fijados según el libre arbitrio de los gobiernos absolutistas.

Modernamente, en virtud de la cooperación que tiene el pueblo en las funciones de gobierno, se consideran estas leyes, más que como tales, como contratos bilaterales entre el contribuyente y el Estado.

Consideradas así, tales leyes admiten la interpretación extensiva, pero no la extensión analógica, ya que restringen el li-

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bre ejercicio del Derecho imponiendo al propietario una limitación, aunque sea legítima, en el ejercicio de sus derechos.

6º) **Leyes que forman excepción a la regla general o a otras reglas.**—El Código Civil Francés dice en el libro preliminar: "Les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent pas ètre supplées".

Pero, ¿qué hacer cuando sea dudoso que una ley forme o no excepción a la regla?

La falta de un criterio preciso para la solución, y el principio según el cual las excepciones no se presumen, sino que deben ser establecidas de modo preciso por el legislador, autorizan al intérprete a resolver la duda en favor de la regla, excluyendo la naturaleza de excepción a una regla general.

En resumen, las leyes que forman excepciones a la regla no son susceptibles de extensión analógica. Unicamente lo serán cuando sea dudoso su carácter de excepción.

6.—LA ANALOGIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Desde tiempos casi inmemoriales, como ya hemos dejado sentado anteriormente, y en la casi totalidad de los países, viene practicándose el método analógico.

En España, nuestros teólogos clásicos y nuestros civilistas modernos han tenido que admitirlo, aunque entre estos últimos hay quienes sostienen que solamente podrá el juez recurrir a él cuando el legislador así lo haya invocado expresamente, pero desde luego puede afirmarse que su opinión no prevalece. Por el contrario, se sostiene que, dada la importancia que tiene la analogía en la integración del Derecho y los auxilios que presta al intérprete, ella va implícita en todo ordenamiento jurídico.

No es objeción decisiva, en contra de la licitud de la analogía en nuestro Derecho, la circunstancia de que el Código Civil no la incluya entre las fuentes que enumera el artículo 6º, pues no cabe duda de que, a pesar de ello, está implícitamente admitida.

Además, hay muchos casos en que directamente se remite en forma clara a la analogía, como son los artículos 53, 182,

Artículo: La Analogía.-Conceptos previos a su estudio
Revista: Nº130, año XXXII (Oct-Dic, 1964)
Autor: Manuel José De Romeo y Lagunas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

528, 1541 y otros. Por si esto fuera poco, la disposición transitoria 13 también se remite a ella y señala de modo indirecto el mecanismo de dicho procedimiento. "Los casos —dice— no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

Por otra parte, no hay que dudar que en la alusión que se hace en el artículo 6º a los principios generales del Derecho va incluido el procedimiento analógico, puesto que si permite extraer principios de todo el ordenamiento jurídico, y aún del Derecho Natural, es lógico que permitirá la elaboración de los principios que presiden una norma concreta o la regulación de una institución entera, que es mucho más fácil.

a) **Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**—El Tribunal Supremo acepta el procedimiento analógico, aplicándolo como principio del Derecho a través del axioma de que, "donde existe la misma razón, idéntica debe ser la norma aplicada".

Las sentencias de 3 de Febrero de 1911, 13 de Diciembre de 1913, 13 de Marzo de 1916, 24 de Junio de 1924, 5 de Diciembre de 1925 y 28 de Marzo de 1944, entre otras, son testimonio de esta aceptación.

b) **Jurisprudencia hipotecaria.**—La doctrina de la Dirección General de los Registros nos trae un ejemplo clarísimo de la analogía en la resolución de 25 de Junio de 1904, al aplicar la doctrina del artículo 785 del Código, sobre ineficacia de las disposiciones testamentarias que contengan prohibición perpetua de enajenar, a las disposiciones que envuelvan tal prohibición en los actos inter vivos.

c) **Requisitos.**—Los requisitos necesarios para que la analogía tenga lugar en el Derecho Español, son los mismos que hemos señalado al hablar de la analogía en general.